



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

**Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht = Le point sur
le droit des sociétés et des papiers-valeurs**

Sethe, Rolf ; Andreotti, Fabio

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-105934>
Journal Article

Originally published at:

Sethe, Rolf; Andreotti, Fabio (2014). Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht = Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs. Schweizerische Juristen-Zeitung, 110:547-552.

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht / Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs

Prof. Dr. iur. Rolf Sethe, LL.M., und MLaw Fabio Andreotti (beide Zürich)

Im Berichtszeitraum stand die Umsetzung der Minderinitiative im Mittelpunkt. Viel Beachtung fand der Entscheid des BGer zur Unzulässigkeit des Partizipationskapitals bei der Genossenschaft; im Übrigen beschäftigte sich die Rechtsprechung mit der Klärung von Detailfragen.

I. Gesetzgebung

A. Umsetzung der Abzockerinitiative, sistierte Aktienrechtsrevision

Mit der zum 1.1.2014 in Kraft gesetzten Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften (VegüV) hat der Bundesrat (BR) die 2013 angenommene Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (BV 95 III)

umgesetzt. Aufgrund der Vernehmlassung kam es zu einigen Änderungen gegenüber dem Vorentwurf (VE). Man verzichtete auf die reisserische Bezeichnung «Verordnung gegen Abzockerei» und nahm neben sprachlichen Präzisierungen insbesondere folgende inhaltliche Änderungen vor: (1) Die GV erhält – ausserhalb der zwingenden Bestimmungen von VegüV 18 III – mehr Gestaltungsfreiheit in Bezug auf die Abstimmung über die Vergütungen von Mitgliedern des VR, der GL oder des Beirates. So kann die GV in den Statuten festlegen (VegüV 18 II), ob sie einen Beschluss- oder Genehmigungsmechanismus anwenden will und auf welche Referenzperiode (retrospektiv, prospektiv oder Kombination der beiden) sich die Vergütungen beziehen. Keine Vorgaben gibt es für den Fall, dass die GV

die Vergütungen ablehnt (VegüV 18 II Satz 2). In Frage kommen bspw. die Einberufung einer ausserordentlichen oder die Verschiebung der Abstimmung auf die nächste ordentliche GV. (2) Eine wichtige Präzisierung beinhaltet VegüV 20 Ziff. 1, der geschuldete Vergütungen bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses von den unzulässigen Abgangsentschädigungen ausnimmt (z.B. Lohnforderungen aus Arbeitsvertrag). Ebenfalls nicht darunter fallen Antrittsprämien (siehe VegüV 20 Ziff. 2), die eine Entschädigung für Ansprüche gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber darstellen. Provisionen für Umstrukturierungen fallen bloss unter das Verbot, wenn sie konzerninterne Vorgänge betreffen (VegüV 20 Ziff. 3). (3) Vorsorgeeinrichtungen können auf die Stimmabgabe im Vorfeld der GV nicht gänzlich verzichten, sich bei einzelnen Traktanden jedoch der Stimme enthalten. Sie haben sich am mutmasslichen langfristigen Interesse der Versicherten zu orientieren (VegüV 22). Sie legen zudem detailliert offen, wenn sie nicht den Anträgen des VR gefolgt sind oder sich enthalten haben (VegüV 23). (4) Die strafrechtliche Verantwortlichkeit (VegüV 24) fällt nun differenzierter aus: So ist u.a. das Ausrichten oder Beziehen von Darlehen, Krediten und Renten, die nicht den statutarischen Vorgaben entsprechen, nicht mehr strafbar (VegüV 24 I). Auf eine Bagatellklausel für geringfügige Vergütungen wurde verzichtet. Die Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Verstosses gegen die Mitwirkungsrechte der Aktionäre wird sodann auf den VR beschränkt (VegüV 24 II). (5) Das Übergangsrecht sieht vor, dass spätestens an der zweiten ordentlichen GV nach Inkrafttreten der VegüV Statuten und Reglemente der Gesellschaften angepasst werden (VegüV 27 I). Die laufenden Arbeitsverträge sind spätestens bis Ende 2015 anzupassen (VegüV 28). Die Wahlbestimmungen gelten ab der ersten ordentlichen GV nach dem Inkrafttreten (VegüV 29 I). Die Abstimmung der GV über die Vergütungen der Mitglieder des VR, der GL und des Beirats hat spätestens an der zweiten ordentlichen GV zu erfolgen (VegüV 31 II).

Aufgrund der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» war die Aktienrechtsrevision (8.011) 2012 sistiert worden. Die Vorlage wurde 2013 zur Überarbeitung an den BR zurückgewiesen. Eine überarbeitete Fassung soll unter Berücksichtigung der neuen Verfassungsbestimmungen voraussichtlich Ende 2014 in die Vernehmlassung gehen. Bis dahin bleibt die Umsetzung der Initiative ohne formell-gesetzliche Grundlage im OR, BVG und StGB. In diesen Gesetzen enthaltene, der Verordnung (VegüV) widersprechende Bestimmungen sind ausser Kraft gesetzt (VegüV 1 II).

In die Aktienrechtsrevision will der BR auch eine Vorlage zur höheren Transparenz im Rohstoffsektor integrieren. Demnach sollen Zahlungen, die bei der Förderung von Mineralien, Öl, Gas und Holz an staatliche Stellen geleistet werden, von börsenkotierten sowie von grossen, in der Rohstoffförderung tätigen Unternehmen jährlich offengelegt werden müssen (Medienmitteilung, 25.6.2014).

B. Verjährungsrecht

Am 29.11.2013 veröffentlichte der BR die Botschaft (BBl 2014 235) für die punktuelle Verbesserung und Vereinheitlichung des Verjährungsrechts. Auf die fünfjährige relative Frist für Verantwortlichkeitsansprüche soll aber trotz Einführung einer neuen allgemeinen dreijährigen Frist (E-OR 60 I) nicht verzichtet werden. Gleiches gilt für die fünfjährige Frist bei der Rückerstattungsklage (OR 678 IV). Die Revision des Verjährungsrechts hätte dennoch Auswirkungen auf das Gesellschaftsrecht: Für die absolute Verjährungsfrist nach OR 760 I bzw. OR 919 I stellt der Entwurf klar, dass für den Beginn des Fristenlaufs der Tag massgebend ist, an dem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte. Stellt die schädigende Handlung auch eine strafbare Handlung dar, so verjährt der Anspruch auf Schadenersatz frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung (E-OR 760 II, 919 II). Die Regressforderung eines Genossenschafters für den im Konkurs erbrachten Mehrbetrag soll anstatt nach einem erst nach drei Jahren verjähren (E-OR 878 II). Im Übrigen verweist die Botschaft auf die laufende Revision des Aktienrechts, der nicht vorzugreifen sei. NR und SR haben sich noch nicht mit der Vorlage (13.100) beschäftigt.

C. SchKG-Teilrevision (Sanierungsrecht)

Nach Ablauf der Referendumsfrist traten die neuen Bestimmungen der SchKG-Teilrevision (Sanierungsrecht) am 1.1.2014 in Kraft (AS 2013 4111). Zum Inhalt vgl. *Sethe/Andreotti*, SJZ 109 2013 491 ff.

D. Modernisierung des Handelsregisterrechts und Änderung des Revisionsaufsichtsgesetzes

In der Vernehmlassung zur Revision des Handelsregisterrechts wurden insbesondere die Einführung eines gesamtschweizerischen Handelsregisters und die Abschaffung der Beurkundungspflicht für einfach strukturierte Gesellschaften kritisiert. Der BR hat am 23.10.2013 das EJPD beauftragt, eine Botschaft auszuarbeiten. Die Revision der Bestimmungen über die interne und externe Qualitätssi-

cherung in Revisionsunternehmen (RAG) wird getrennt von der Vorlage weiterverfolgt.

Am 28.8.2013 legte der BR die Botschaft zur Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften vor (BBl 2013 6857). Die Aufsicht über Revisionsunternehmen gemäss RAG und Prüfgesellschaften gemäss FINMAG soll bei der Eidg. Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) vereinigt werden.

E. Firmenrecht

Zwei fast identische Motionen (12.3727 bzw. 12.3769) befassten sich mit der Modernisierung des Firmenrechts, die sowohl vom SR als auch vom NR im Sommer 2013 angenommen wurden. Der BR hat am 22.1.2014 einen VE und einen Bericht dazu veröffentlicht. Vorgeschlagen wird, dass (1) der einmal gewählte Firmenname von Kollektiv-, Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaften durch einen Gesellschafterwechsel – gleich den juristischen Personen – nicht mehr tangiert wird (vgl. OR 947 f.). Der Rechtsformwechsel soll bloss noch den Rechtsformzusatz betreffen. Aus dem Firmennamen muss die Rechtsform für das Publikum unmittelbar erkennbar sein. (2) Die Revision betrifft darüber hinaus auch die Vereinheitlichung der Firmenbildung (VE-OR 950) und (3) den Schutzzumfang von Firmen, der nun für alle Handelsgesellschaften auf die ganze Schweiz ausgedehnt werden soll (VE-OR 951). Die Vernehmlassung hat bis zum 29.4.2014 gedauert.

F. GAFI-Empfehlungen zu Inhaberaktien

Der BR hat in seiner Botschaft (BBl 2014 605) zwecks Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012 folgende Vorgehensweise vorgeschlagen: (1) Bei Erwerb von Inhaberaktien nicht börsenkotierter Gesellschaften innert Monatsfrist Meldepflicht an die Gesellschaft (E-OR 697i); überdies sind sowohl die Namen- als auch die Inhaberaktionäre bei Erreichen einer Beteiligung von mindestens 25% verpflichtet, der Gesellschaft oder dem Finanzintermediär die an den Aktien wirtschaftlich berechnete Person bekannt zu geben (E-OR 697j). Die Gesellschaft oder der Finanzintermediär hat zu diesem Zweck ein Verzeichnis der Aktionäre und wirtschaftlich Berechneten zu führen (E-OR 697l). (2) Möglichkeit der Meldung an einen Finanzintermediär statt an die Gesellschaft, um die Anonymität gegenüber der Gesellschaft zu wahren (E-OR 697k). (3) Bei als Bucheffekten ausgestalteten Inhaberaktien entfallen die Meldepflichten (E-OR 697i IV, 697j III). (4) Vereinfachung der Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien (E-OR 704a). (5) Bei

Nichterfüllung der Meldepflicht können Mitgliedschafts- und Vermögensrechte nicht ausgeübt werden (E-OR 697m). (6) Von der Vorlage sind ausserdem auch GmbHs und Genossenschaften betroffen. Der SR ist am 12.3.2014 mehrheitlich dem BR gefolgt, jedoch will er von strafrechtlichen Konsequenzen bei Nichterfüllung der Melde- und Verzeichnisführungspflicht absehen. Der NR beschloss hingegen am 19.6.2014 in Abweichung zum SR, nur Inhaberaktien grosser Unternehmen (ab CHF 250 000 Fr. Aktienkapital bzw. CHF 50 000 Fr. Stammkapital bei der GmbH) unter die Melde- und Verzeichnisführungspflicht zu stellen. Der SR hat am 9.9.2014 an seinem Standpunkt festgehalten.

II. Rechtsprechung

A. Aktien- und GmbH-Recht

1. *Auslegung der Statuten, Wahl und Abberufung von Organen*

Statuten einer grossen AG sind nach den Auslegungsmethoden für Gesetze, Statuten von kleineren Gesellschaften nach denen für Verträge auszulegen. Der zur Wiederwahl anstehende VR war der Meinung, bei einer Pattsituation an der GV seien die Statuten so auszulegen, dass er ein weiteres Jahr im Amt bleibe, weil das Abstimmungsergebnis keinen neuen VR hervorgebracht habe. Dagegen legte das BGer die Statutenklausel so aus, dass eine formell korrekt einberufene GV, eine ordnungsgemässe Traktandierung der Wahl und eine tatsächlich abgehaltene Abstimmung ausreichen, um die Amtszeit des bisherigen VR zu beenden, unabhängig davon, ob ein Kandidat eine Stimmenmehrheit erreicht hat. Allein die Tatsache, dass kein VR eine Stimmenmehrheit erhalten habe, drücke auch einen bestimmten Willen der GV und dieser müsse aufgrund von OR 698 II Ziff. 2 akzeptiert werden, weshalb eine entgegenstehende Statutenklausel nichtig wäre. Im vorliegenden Fall lag damit ein Organisationsmangel im Sinne von OR 731b vor. (BGer 4A_235/2013, zur amtlichen Publikation vorgesehen)

Seit der GmbH-Reform ist bei einer Klage auf Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers aus wichtigem Grund (OR 815 II) die Gesellschaft passivlegitimiert und nicht – wie bei der KollIG (OR 565) – der Geschäftsführer, denn es gehe – genau wie im Genossenschaftsrecht (OR 890 II) – in erster Linie um die Wahrung der Interessen der Gesellschaft und nicht derjenigen des Geschäftsführers. Dies gilt auch für den Fall, dass die GmbH nur zwei Gesellschafter hat. (BGer 4A_8/2014)

2. Gesellschafterversammlung

Die Einberufung der GV (vorliegend eine Vereinsversammlung) durch ein unzuständiges Organ oder eine unzuständige Person führt dazu, dass deren Beschlüsse nichtig sind. Das BGer liess jedoch offen, ob eine langjährige unangefochtene Praxis eine stillschweigende Delegation der Kompetenzen des Vorstandes an den Präsidenten begründen und aus diesem Grund die Nichtigkeit zu verneinen sein könnte. (BGer 5A_205/2013; dazu *Natalia Neuman/Hans Caspar von der Crone*: Nichtigkeit bei Einberufung der Mitgliederversammlung, SZW 2014 105 ff.)

3. Sonderprüfung

Die Einleitung einer Sonderprüfung nach OR 697b verlangt die Glaubhaftmachung von Gesetzes- oder Statutenverletzungen und damit der Schädigung von Aktionären durch Handlungen oder Unterlassungen von Gründern und Organen der AG. Das Glaubhaftmachen kann sowohl Tat- als auch Rechtsfragen betreffen. Es ist weder ein zu strenger (striktter Beweis) noch ein zu lascher Massstab (blosse Behauptungen) anzusetzen. In Bezug auf Tatfragen muss aufgrund von Verdachtsmomenten eine gewisse Wahrscheinlichkeit vorhanden sein. Rechtsfragen müssen sich aufgrund einer summarischen Prüfung als aussichtsreich oder doch als zumindest vertretbar erweisen. In beiden Fällen ist jedoch keine abschliessende Beurteilung durch das Gericht beabsichtigt. Im vorliegenden Fall fehlte es an konkreten Anhaltspunkten für eine Verletzung der Treuepflicht bzw. für einen Interessenkonflikt. Die bloss abstrakte Gefahr eines Interessenkonflikts genüge nicht, um eine Sonderprüfung einzuleiten. (BGer 4A_260/2013)

4. Revision

Ein Opting-out von der Pflicht zur eingeschränkten Revision (OR 727a II) erfordert u.a. den Nachweis, dass die Gesellschaft nicht zur ordentlichen Revision verpflichtet ist. Um dies zu belegen, bedarf es keiner revidierten, sondern nur einer unterzeichneten Jahresrechnung. Ein allfälliger Revisionsbericht gehört damit nicht zu den «massgeblichen aktuellen Unterlagen» i.S.v. HRegV 62 II S. 2. Sofern die GmbH in der Vergangenheit keine Revisionsstelle bestellt und damit ihre Revisionspflicht verletzt hat, hätte dies nach OR 731b geltend gemacht werden müssen; der Organisationsmangel steht einem wirksamen Opting-out für die Zukunft nicht entgegen. (BGE 139 III 449; dazu *Florian Zihler*: Eintragung des Opting-outs ins Handelsregister: Keine Pflicht zur Einreichung einer revidierten Jahresrechnung, GesKR 2014 104 ff.)

5. Verantwortlichkeit

Das BGer hat erneut die Business Judgment Rule anerkannt. Ihre Voraussetzungen lagen jedoch im konkreten Fall nicht vor, da der Beschluss über die Darlehensgewährung nicht in einem formell einwandfreien Entscheidprozess und auf offensichtlich ungenügender Informationsbasis getroffen wurde, weshalb der Entscheid nicht nur auf seine Ex-ante-Vertretbarkeit, sondern inhaltlich voll zu überprüfen war. Dies gilt auch dann, wenn die Mehrheitsverhältnisse im VR wahrscheinlich zum gleichen Ergebnis geführt hätten. Der VR wäre in dieser Situation zudem verpflichtet gewesen, vertiefte Abklärungen im Zusammenhang mit dem Investitionsprojekt sowie der daran beteiligten Gesellschafter und deren Vertraulichkeit vorzunehmen. (BGer 4A_97/2013, dazu *Rolf Sethe*, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: Sethe/Isler, Verantwortlichkeit VII, Zürich 2014, 165 ff.)

In einem weiteren Fall zur Business Judgment Rule rügte das BGer die Vorinstanz; diese habe bei der Beurteilung eines Geschäftsentscheids nicht die nötige richterliche Zurückhaltung gepflegt. VR-Mitgliedern müssten einen Entscheid sorgfältig vorbereiten. Bei der dazu nötigen Informationsbeschaffung könne ihnen nur dann ein Vorwurf gemacht werden, wenn überhaupt zumutbare Abklärungsmöglichkeiten bestanden und die aus derartigen Abklärungen zu erwartenden Erkenntnisse für die Frage, ob eine ungesicherte Vorauszahlung zu leisten ist, relevant sind. Welche Abklärungen ein sorgfältiger Geschäftsmann tätigen kann und muss, könne ein Gericht nicht abstrakt beurteilen. Da im vorliegenden Fall weder ein Interessenkonflikt bestand noch der Beschluss inkorrekt zustande kam, fand die Business Judgment Rule Anwendung und es war nur zu prüfen, ob das Vorgehen der Organe noch vertretbar war, was das BGer im Ergebnis bejahte. Es betonte, dass die Vertretbarkeit auch davon abhängt, welche Chancen mit einem Geschäft verknüpft sind, das im vorliegenden Fall einen hohen Gewinn versprach, bei Nichtrealisierung jedoch mit Sanktionen belegt war. (BGer 4A_626/2013)

Der VR ist verpflichtet, die Personen, die mit der Geschäftsführung befasst und zur Vertretung berechtigt sind, zu überwachen und sich regelmässig über die Geschäftstätigkeit zu informieren (OR 716a I Ziff. 5). Dies gilt insbesondere, wenn er dem Alleinaktionär eine Handlungsvollmacht über die Bankkonten der Gesellschaft erteilt, sich der Aktionär zur regelmässigen Information gegenüber dem VR verpflichtet hat und diese Information in der Folge aber ausbleibt. (BGer 4A_120/2013)

Zur Ermittlung des Fortführungsschadens im Fall der Verantwortlichkeitsklage wegen verspäteter Benachrichti-

gung des Richters von einer Überschuldung (OR 725 II) dient der Vergleich der Schadenshöhe im Moment der tatsächlichen Konkureröffnung mit derjenigen im Zeitpunkt der geschuldeten Benachrichtigung. Dabei ist auf Liquidationswerte abzustellen. Der Schaden der Gesellschaft wird im Konkurs als Schadenersatzforderung der Gläubigersamtheit geltend gemacht, weshalb eine allfällige Einwilligung und die Décharge durch die GV der Forderung nicht entgegenhalten werden können. Die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters gehört zu den unübertragbaren Aufgaben des VR gemäss OR 716a I Ziff. 7, weshalb der VR sie weder delegieren noch sich zur Entlastung auf OR 754 II berufen kann. (BGer 4A_84/2013)

Zur Berechnung des Fortführungsschadens kann nicht die Gesamtheit der rechtskräftig kollozierten Forderungen herangezogen werden. Es ist vielmehr zu prüfen, ob die Kollokation der einzelnen Forderungen zu Recht erfolgt ist. Im Streit war, ob eine Darlehensschuld der konkursiten Gesellschaft gegenüber ihrer Muttergesellschaft und Alleinaktionärin Teil der Kollokation im Konkurs wurde. Die genannte Darlehensschuld hat auf dem Weg einer Kapitalerhöhung mittels Verrechnungslibrierung zur (erfolglosen) Sanierung beigetragen. Die konkursite Gesellschaft machte geltend, dass die Verrechnungslibrierung gemäss SchKG 288 anfechtbar sei, weswegen die Darlehensforderung Teil der Kollokation sein müsse (und damit den Fortführungsschaden erhöhen würde). Das BGer verneinte jedoch die Gläubigerschädigungsabsicht der Schuldnerin bzw. des VR der Muttergesellschaft bezüglich der Librierungsverpflichtung, sodass die als wertlos eingeschätzte Darlehensforderung der Mutter nicht zum Fortführungsschaden der Beschwerdeführerin (Tochtergesellschaft) gerechnet werden konnte. Scheidet ein VR-Mitglied frühzeitig aus, fehlt es am adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit des VR-Mitglieds und einem Teil des Fortführungsschadens. Die Verantwortlichkeit setzt nämlich voraus, dass das beklagte Organ tatsächlich die Möglichkeit hatte, die Willensbildung der Gesellschaft zu beeinflussen und damit den Schaden zu verursachen oder zu verhindern. (BGer 4A_251/2013; dazu *Yves Mauchle/Hans Caspar von der Crone*: Wie lange darf der Verwaltungsrat mit der Überschuldungsanzeige zuwarten?, SZW 2014 227 ff.; *Roland Fischer/Flavio Delli Colli*: Sanierungsbemühungen bei Überschuldung, GesKR 2014 255 ff.)

6. Auflösung und Liquidation

Die Massnahmen gemäss OR 731b I stehen in einem Stufenverhältnis zueinander. Nur wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. zielführend erweisen – etwa

wenn nicht reagiert und der Vorschuss gemäss OR 731b II nicht geleistet wird –, kommt als ultima ratio die Auflösung der Gesellschaft in Betracht. (BGer 4A_354/2013)

Ein wichtiger Grund bei der Abberufung eines Liquidators gemäss OR 741 II liegt vor, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände eine ordnungsgemässe Liquidation nicht durchgeführt werden kann, etwa weil die Interessen der Aktionäre oder der Gesellschaft gefährdet sind. Bei der Beurteilung des wichtigen Grundes verfügt der Richter über einen gewissen Ermessensspielraum. Eine besondere Schwere wird für das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht verlangt. Es genügt, wenn der Liquidator einen Aktionär – wenn auch nur temporär – bei der Auszahlung von Mitteln der Gesellschaft bevorzugt. Unerheblich ist dabei, dass andere Aktionäre vorher bereits Zahlungen erhalten haben und dass die Gesellschaft noch über genügend Mittel für die weitere Liquidation und sogar über einen Gewinn verfügt. (BGer 4A_46/2014)

B. Übriges Gesellschafts- und Handelsrecht

Anders als noch das BVGer (dazu *Sethe/Andreotti*, SJZ 109 2013 491 ff.) kommt das BGer im Fall «Raiffeisen Schweiz Genossenschaft» zum Schluss, dass die Einführung eines Partizipationskapitals nach geltendem Genossenschaftsrecht unzulässig sei. Es führt unter Verweis auf die Materialien und die unterschiedlichen Lehrmeinungen aus, dass (1) das Genossenschaftsrecht keine gesetzliche Regelung des Partizipationskapitals vorsehe, (2) die fehlende Kapitalmarktfähigkeit wie bei der GmbH für eine abschliessende Regelung des Grundkapitals spreche (vgl. OR 853 III) und (3) das Genossenschaftsrecht anders als das Aktienrecht keine Schutzvorkehrungen für Partizipanten vorsehe. Deshalb bedürfe es eines gesetzgeberischen Tätigwerdens, falls eine dem aktienrechtlichen Partizipationskapital entsprechende Kapitalbeschaffungsform bei der Genossenschaft eingeführt werden soll. Das BGer lehnte damit die Ansicht der Beschwerdegegnerin und eines Teils der Literatur ab, wonach ohne besondere gesetzliche Regelung die Schaffung einer zusätzlichen Art des Grundkapitals als Folge der Privatautonomie und unter Vorbehalt der Einhaltung der genossenschaftlichen Wesensmerkmale sowie der zwingenden Vorschriften des Genossenschaftsrechts (u.a. Gleichbehandlung gemäss OR 854, gesetzliche Ausschüttungsbeschränkung gemäss OR 859 III) zulässig sein soll. (BGE 140 III 206 ff.)

Treten zwei Einzelfirmen als Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft rechtsgeschäftlich auf, haften sie im Aussenverhältnis solidarisch (OR 544 III); im Innenverhält-

nis richtet sich der Rückgriff nach OR 148. Umstritten war im vorliegenden Fall, ob ein Vergleich zwischen einer Kundin und dem einen Gesellschafter zur Aufhebung der Solidarschuld des anderen Gesellschafter führt und den an der Vereinbarung beteiligten Gesellschafter zum Alleinschuldner machte. Dass die Kundin gegenüber dem zweiten Gesellschafter auf die Haftung verzichtet habe, darf jedoch laut BGer nicht leichthin angenommen werden und wäre aufgrund der Umstände explizit zu erklären. Fehlt der Kundin das Bewusstsein, dass es sich beim Rechtsverhältnis der Gesellschafter um eine einfache Gesellschaft handelte, kann aufgrund des Vertrauensprinzips nicht angenommen werden, dass eine Entlassung des nicht am Vergleich beteiligten Gesellschafter aus der Solidarhaftung erfolgen sollte. Von einem Forderungsverzicht eines Gläubigers gegenüber einem Dritten im Rahmen eines Vergleichs mit einem Solidarschuldner ist nur mit Zurückhaltung auszugehen. Dies gilt selbst dann, wenn der Kundin das rechtliche Verhältnis bekannt gewesen wäre. Mangels vorhandenem Gesellschaftsvermögen war in der Folge OR 148 II anwendbar, wobei das BGer aber festhielt, dass ein Solidarschuldner nicht schon dann Rückgriff nehmen könne, wenn der Gläubiger von ihm die Leistung verlangt, sondern erst dann, wenn die Leistung von ihm erbracht worden sei. (BGer 4A_73/2014, zur amtlichen Publikation vorgesehen)

III. Literatur

A. Allgemeine Literatur zum Gesellschaftsrecht

Baker & McKenzie (Hrsg.): *Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2013/2014*, Zürich 2014; *Eric Dieth: Gesellschaftsrecht kompakt*, Basel 2014; Andreas Kellerhals/Tobias Baumgartner (Hrsg.): *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2013/2014*, Zürich/St. Gallen 2014; Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.): *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX*, Bern 2014; *Jean-Daniel Schmid: Die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen*, Diss. St. Gallen 2014 = SSHW 320; *Annina Wirth: Internes Kontrollsystem (IKS) bei KMU*, Diss. St. Gallen 2014 = SSHW 318.

B. Aktienrecht, Konzernrecht, Rechnungslegung und Corporate Governance

Juerg Bloch: Executive Share Ownership Guidelines, Kapitalbeteiligungsvorschriften für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung börsenkotierter Aktiengesellschaften, Diss.

Freiburg 2014 = SSHW 322; Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.): *Handbuch Schweizer Aktienrecht, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis*, Zürich 2014; Frank Gerhard/Karim Maizar/Till Spillmann/Matthias Wolf (Hrsg.): *Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften, GesKR-Kommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)*, Zürich/St. Gallen 2014; *Dimitrios Karathanassis: Gehorsamstrukturen im Konzern, Das Konzept der hierarchischen Heterarchie*, Basel 2014; *Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss: Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 4. A. Zürich 2014; Schweizerisches Institut für Verwaltungsräte (sivg) (Hrsg.): *Handbuch für den Verwaltungsrat, Ein Ratgeber für die KMU-Praxis*, Bern 2014; Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.): *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, Zürich 2014 = EIZ 150.

C. Umstrukturierungsrecht

Glanzmann Lukas: Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. A. Bern 2014; Thomas Sprecher/Brigitte Umbach-Spahn/Dominik Vock (Hrsg.): *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V, Das neue Schweizer Sanierungsrecht*, Zürich 2014 = EIZ 153; Rudolf Tschäni (Hrsg.): *Mergers & Acquisitions XVI*, Zürich 2014 = EIZ 148; *Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf: M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht*, 2. A. Zürich 2013; *Rudolf Tschäni/Harold Frey/Dominique Müller: Streitigkeiten aus M&A-Transaktionen*, Zürich 2013.

D. Übriges Gesellschafts- und Handelsrecht

Michael Gwelessiani/Niels Schindler: Commentaire pratique de l'Ordonnance sur le registre du commerce, Zürich 2014.

E. Börsengesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Gilles Pitschen: Börse und Unternehmen, Unternehmensverfassung von der Kotierung zur Dekotierung, Diss. Zürich 2014 = SSHW 319.

F. Wertpapierrecht

Lukas Beeler: Bucheffekten, Übertragung, Stornierung, und gutgläubiger Erwerb, Diss. Zürich 2013 = SSHW 317.